歷代刑法考

明律目箋一　　刑法考

按明之律目洪武七年所修者一準于唐分名例衞禁職制戶婚廐庫擅興賊盜鬭訟詐僞雜律捕亡斷獄十二門見劉惟謙所上修律表中迨胡惟庸被誅廢中書而事歸六部於是廿二年重修律文亦以六曹分部古來律式爲之一變已於律目考中詳言之矣至其細目除軍官軍人諸條爲明律之特設者其餘大旨於唐律間有增損或改其字句仍不能越其範圍焉明人刻律或不錄劉惟謙原表世遂不知洪武初律其總目實承唐之舊有以爲已以六曹分部者殆失之未考歟今就明律之目以唐目校其同異而得失亦可以考見長安薛氏唐明律合刻右唐而左明此固非深求其故不能曉然也

五刑

五刑之名始見虞書而苗民五虐之刑實在其先是其名甚古三代以肉刑及大辟爲五刑漢文除肉刑而易以笞而五刑之名遂不著魏承漢律不言五刑晉改魏律始言更依古義制爲五刑然晉律有死刑髡刑完刑作刑贖刑罰金雜抵罪其等凡七將以何者爲五刑志不言也梁之刑爲十五等陳因之元魏亦不言五刑也迨至北齊始以一死二流刑三刑罪四鞭五杖爲五刑北周改刑罪爲徒刑隋開皇復去鞭而加笞以笞杖徒流死爲五刑唐律仍之相傳至今遵循勿改宋承五季有陵遲之刑然偶一用之不爲常制元刑用斬而不用絞然有陵遲之刑明律承唐以笞杖徒流死列入五刑之目而律文中有陵遲若干條條例中有梟首若干條又別有充軍之法是皆軼于五

刑之外者夫刑不止于五而仍以五刑列于篇首已非其實况笞杖不過大小之差其刑並無所分別强分之以作五刑之數亦未見其確當也書謂國家設刑所貴差等分明不必拘拘以五爲數致有强分强合之病若泥古之儀以五刑之名爲甚古設今廢五刑之目是蔑古也則非吾之所敢知也

十惡

隋書刑法志齊河清三年奏上齊律又列重罪十條一曰反逆二曰大逆三曰叛四曰降五曰惡逆六曰不道七曰不敬八曰不孝九曰不義十曰內亂其犯此十者不在八議論贖之限

按此卽今律之十惡也創于北齊第此文但曰重罪似尙未標十惡之名

高祖開皇元年更定新律又置十惡之條多採後齊之制而頗有損益一曰謀反二曰謀大逆三曰謀叛四曰惡逆五曰不道六曰大不敬七曰不孝八曰不睦九曰不義十曰內亂犯十惡及故殺人獄成者雖會赦猶除名煬帝又勅修律令除十惡之條

唐六典初北齊立重罪十條爲十惡隋氏頗有益損皇朝因之

唐律疏議曰五刑之中十惡尤切虧損名教毀裂冠冕特標篇首以爲明誡其數甚惡者事類有十故稱十惡然漢制九章雖並湮沒其不道不敬之目見存原夫厥初蓋起諸漢案梁陳已往略有其條周齊雖具十條之名而無十惡之目開皇創制始備此科酌於舊章數存於十大業有造復更刊除十條之內唯存其八自武德以來仍遵開皇無所損益

按開皇之律頗采北齊故亦立十惡之名疏議謂周亦有十條之名隋志所未及也唐律多本開皇十惡之名遂列于篇首至今不廢然論其罪名輕重之間似亦尚有遺議也

唐律十惡一曰謀反（謂謀危社稷）疏議曰臣下將圖逆節而有無君之心君位若危神將安恃不敢指斥尊號故託云社稷二曰謀大逆（謂謀毀宗廟山陵及宮闕）

按以上二條明律同（今律同）

三曰謀叛（謂謀背國從偽）

按明律此注作謂謀背本國潛從他國（今律同）

四曰惡逆（謂毆及謀殺祖父母父母殺伯叔父母姑兄姊外祖父母夫夫之祖父母父母者）

按明律夫之祖父母父母移于祖父母父母之下（今律同明）

五曰不道（謂殺一家非死罪三人及支解人造畜蠱毒厭魅）

按明律支解人下添若採生三字厭作魘今律又於採生下添折割二字殺一家三人爲不道本于漢律此律文之較古者

六曰大不敬謂盜大祀神御之物乘輿服御物盜及僞造御寶合和御藥誤不如本方及封題誤若造御膳誤犯食禁御幸舟船誤不牢固指斥乘輿情理切害及對捍制使而無人臣之禮

按明律題下添錯字牢作堅刪指斥乘輿以下十九字今律同明律唐律職制門諸指斥乘輿情理切害者斬言議政事乖失干涉乘輿者上請非切害者徒二年對捍制使而無人臣之禮者絞明律刪去故此處亦刪

七曰不孝謂告言詛詈祖父母父母及祖父母父母在別籍異財若供養有闕居父母喪身自嫁娶若作樂釋服從吉聞祖父母父母喪匿不舉哀詐稱祖父母父母死

按明律詛詈祖父母父母下添夫之祖父母父母今律同明

八曰不睦謂謀殺及賣緦麻以上親毆告夫及大功以上尊長小功尊屬

按此條明律同今律亦同

九曰不義謂殺本屬府主刺史縣令見受業師吏卒殺本部五品以上官長及聞夫喪匿不舉哀若作樂釋服從吉及改嫁

按明律此注謂殺至官長作謂部民殺本屬知府知州知縣軍士殺本管指揮千戶百戶吏卒殺本部五品以上長官若殺見受業師以下同今律殺本管指揮千戶百戶作殺本管官餘同明

十曰內亂謂姦小功以上親父祖妾及與和者

按明律同今律亦同

又按此律始于北齊原係重罪十條其款目雖不可詳其無輕罪可知隋氏改之輕罪亦列入焉似非定律之本意也如前五條情節並重罪亦較重若第六條之盜大祀神御物乘輿服御物罪止流二千五百里非重罪

也合和御藥等項罪雖合赦然究是無心之過豈得與前五條比哉第七條之告言詛詈祖父母父母情節重矣若别籍異財罪止徒三年供養有闕罪止徒二年居喪身自嫁娶及作樂釋服從吉並罪止徒三年聞喪匿不舉哀罪止流二千里詐稱祖父母父母死罪止徒三年非重罪也第八條之賣緦麻以上親罪有止徒一年半者第九條之聞夫喪匿不舉哀及改嫁罪止徒三年凡若此等輕罪亦竟入于常赦不原之列其情節有重于此者轉得遇赦邀恩兩兩相衡殊未平允夫不敬不孝不睦不義其情事之輕重豈能一致論其名則同論其實則不盡同今不問名實之如何而一概歸之十惡先王之法恐不若是之苛也此唐律之可議者

八議

周禮小司寇以八辟麗邦法附刑罰一曰議親之辟鄭司農云若今時宗室有罪先請是也二曰議故之辟故謂舊知也鄭司農云故舊不遺則民不偷三曰議賢之辟鄭司農云若今時廉吏有罪先請是也玄謂賢有德行者四曰議能之辟能謂有道藝者春秋傳曰夫謀而鮮過惠訓不倦者叔向有焉社稷之固也猶將十世宥之以勸能者今壹不免其身以棄社稷不亦惑乎五曰議功之辟謂有大勳力立功者六曰議貴之辟鄭司農云若今時吏墨綬有罪先請是也疏先鄭推引漢法墨綬爲貴若隸周大夫以上皆貴也墨綬漢法丞相中二千石金印紫綬御史大夫二千石銀印黃綬令六百石銅印墨綬是也七曰議勤之辟謂憔悴以事國八曰議賓之辟謂所不臣者三恪二代之後與

按先鄭於親賢貴三者引今時先請之例以爲證而餘五者不言今法是漢律有此三者而無餘五者不盡用周官八議之法魏晉以下律有八議之文詳後

漢書高紀七年令郎中有罪耐以上請之　宣紀黃龍元年詔吏六百石位大夫有罪先請　劉屈氂傳司直吏二

千石當先請
後漢書光武紀建武三年詔曰吏不滿六百石下至墨綬長相有罪先請
按百官公卿表秩比六百石皆銅印墨綬此與宣紀合郎中秩比三百石無印綬殆以此官在禁中乃近臣故特優之歟墨綬長相謂不滿六百石者續漢書輿服志千石六百石墨綬四百石三百石長同此長相之未滿六百石亦得用墨綬也又百官志每縣邑道大者置令一人千石其次置長四百石小者置長三百石侯國之相秩次亦如之是相秩與長同故并稱墨綬長相也夫以三百石而亦必先請與周時議貴之意不盡吻合若嗣子若公主子則又由議親而推之也
又匈奴傳光和二年中郎將張修與單于不相能修擅斬

之吏立右賢王羌渠爲單于修以不先請而擅誅殺檻車徵詣廷尉抵罪

按此應先請而不先請者當抵罪也但不知應得何罪未詳

又橋元傳爲齊相坐事爲城旦刑竟徵再遷上谷太守太尉橋公神廟碑臨淄令贓多罪正受鞫就刑沒齒無怨竟以不先請免官

按此不先請之罪爲城旦第臨淄令未被殺則橋元與張修之應抵當不同也

續漢書百官志宗正卿一人郡國歲因計上宗室名籍若有犯法當髡以上先上請宗正宗正以聞乃報決

史記五帝紀五度三居集解馬融曰謂在八議君不忍刑宥之以遠五等之差亦有三等之居

按此說謂唐虞已有八議然似據周制爲說別無他證

唐六典周禮以八辟麗邦法附刑罰卽八議也自魏晉宋齊梁陳後魏北齊後周及隋皆載于律

按八議之文魏始入律至今仍之

唐律八議一曰議親（謂皇帝袒免以上親及太皇太后皇太后緦麻以上親皇后小功以上親）二曰議故（謂故舊）三曰議賢（謂有大德行）四曰議能（謂有大才業）五曰議功（謂有大功勳）六曰議貴（謂職事官三品以上散官二品以上及爵一品者）七曰議勤（謂有大勤勞）八曰議賓（謂承先代之後爲國賓者）

明律八議一曰議親（謂皇家袒免以上親及太皇太后皇太后緦麻以上親皇后小功以上親皇太子妃大功以上親）二曰議故（謂皇家故舊之人素得侍見特蒙恩待日久者）三曰議功（謂能斬將奪旗摧鋒萬里或率衆來歸寧濟一時或開拓疆宇有大勳勞銘功太常者）四曰議賢（謂有大德行之賢人君子其言行可以爲法則者）五曰議能（謂有大才業能整軍旅治政事爲帝王之輔佐人倫之師範者）六曰議勤（謂有大將吏謹守官職早夜奉公或出使遠方經涉艱難有大勤勞者）七

日議貴（謂爵一品及文武職事官三品以上散官二品以上者）八曰議賓（謂承先代之後爲國賓者）

按今律第三項注寧改安第五項末二句改爲爲帝王之眞輔佐者餘同惟第七項職事官散官今難區別具文也

金史刑志興定元年八月上謂宰臣曰律有八議今言者或謂應議之人卽當減等何如宰臣對曰凡議者先條所坐及應議之狀以請必議定然後奏裁也上然之曰若不論輕重而輒減之則貴戚皆將恃此以虐民民何以堪

東華錄雍正六年三月丙子諭內閣朕覽律例舊文於名例內載有八議之條曰議親議故議功議賢議能議勤議貴議賓此歷代相沿之文其來已久我朝律例於此條雖具載其文而實未嘗照此律行者蓋有深意存焉夫刑法

之設所以奉天罰罪乃天下之至公至平無容意為輕重者也若於親故功賢人等之有罪者故為屈法以示優容則是可意為低昂而律非一定者矣何可謂之公平乎且親故功賢等人或效力宣勞為朝廷所倚眘或以勲門戚畹為國家所優崇其人既異於常人則尤當制節謹度秉禮守義以為士民之倡率乃不知自愛而致罹於法是其違理道而蹈愆尤非蚩蚩之氓無知誤犯者可比也儻執法者又曲為之宥何以懲惡而勸善乎如所犯之罪果出於無心而情有可原則為之臨時斟酌特與加恩亦未為不可若豫著為律是於親故功賢等人未有過之先即以不肖之人待之名為從厚其實乃出于至薄也且使恃有八議之條或任意為匪漫無顧忌必有自干大法而不止者是又以寬容之虛文而轉陷之於罪戾姑息之愛尤不

可以爲優恤矣今修輯律例各條務俱詳加斟酌以期至當惟此八議若概爲删去恐人不知其非理而害法故仍令載入特爲頒示諭旨俾天下曉然於此律之不可爲訓而親故人等亦各知儆惕而重犯法是則朕欽恤之至意也

按八議之條著于周官其法甚古明道先生言八議設而後輕重得宜是宋儒亦不以爲非金世始有議之者

伏讀

世宗聖訓言之尤爲詳明實在可删之列存之律中徒滋疑惑而已

應議者犯罪

漢高紀七年春令郎中有罪耐以上請之注應劭曰輕罪不至于髡完其耏鬢故曰耏古耐字从彡髮膚之意也言

耐罪已上皆當先請也耐音若能如淳曰耐猶任也任其事也師古曰依應氏之說耏當音而如氏之解則音乃代反其義亦兩通而謂頰旁毛也彡毛髮皃而功臣侯表宣典侯通耏爲鬼薪則應氏之說斯爲長矣

按此漢制也耐以上請之則罪不及耐者不請矣後來唐律流以下得徑自減等卽本此意第視漢法更寬耳

唐律諸八議者犯死罪皆條所坐及應議之狀先奏請議議定奏裁流罪以下減一等其犯十惡者不用此律疏議曰流罪以下犯狀既輕所司減訖自依常斷

明律凡八議者犯罪實封奏聞取旨不許擅自勾問若奉旨推問者開具所犯及應議之狀先奏請議議定奏聞取自上裁其犯十惡者不用此律

按唐必死罪方奏請流以下徑自減等其法極寬明則

概須奏請其法遂嚴矣唐代優禮臣下體恤倍至故立
法寬明祖承元代廢弛之後以峻厲馭臣下故立法嚴
宗旨不同法遂懸殊如此

職官有犯

唐律若官爵五品以上犯死者上請流罪以下減一等在
請章明律分出爲此目唐律不言京官與外官視同一律
明律言京官及在外五品以上官是京官兼大小而言自
四品以下至未入流皆是此較唐律爲寬然同是朝廷之
官何分京外今重內輕外此理之不平者唐律死罪上請
流以下徑減明則概行奏請又較唐爲嚴矣唐律諸七品
以上之官犯流罪以下各從減一等之例在減章九品以
上之官犯流罪以下聽贖在贖章明律並無是以律文而
斷唐時職官無實流實徒者矣此其法之特寬者

軍官有犯　軍官軍人犯罪免徒流　處決叛軍

殺害軍人　在京犯罪軍民

明世優待軍人凡軍官有犯不與民官同此五條律目律文並明律所創故彙列一處其第二目卽軍官犯罪之辦法也叛軍都指揮使司得委官審問處治不必待按察使司也殺軍人者以餘丁抵充軍伍也在京犯罪亦分別爲軍爲民皆有明一代特定之法也

文武官犯公罪　文武官犯私罪

唐律文武官犯罪議章之外有請章減章贖章及入有議請減以官當徒以官當徒不盡各條明律一概刪去而存此兩條實有明一代之典章也唐法大約分官當免所居官免官除名四等而以請減贖之法參之明但有除名一等餘皆不用遂與唐法大異卽按之今律亦不盡同實由

待遇臣下之宗旨先不同也

應議者之父祖有犯

漢書平紀公列侯嗣子有罪耐以上先請　東方朔傳隆慮公主子昭平君醉殺主傅獄繫內官以公主子廷尉上請請論

按漢制宗室有罪先請卽周官議親之辟親該五屬之內公列侯嗣子公主子卽明律應議者之子孫也是此律遠出于漢此二條足以證之

唐律應議者期以上親及孫犯死罪者上請流罪以下減一等疏議曰八議之人蔭及期以上親及孫入請期親者謂伯叔父母姑兄弟姊妹妻子及兄弟子之類又例云稱期親者曾高同及孫者謂嫡孫衆孫皆是曾元亦同其子孫之婦服雖輕而義重亦同期親之例曾元之婦者非

明律凡應八議者之祖父母父母妻及子孫犯罪實封奏聞取旨不許擅自句問若奉旨推問者開具所犯及應議之狀先奏請議議定奏聞取自上裁　若皇親國戚及功臣之外祖父母伯叔父母姑兄弟姊妹女壻兄弟之子若四品五品官之父母妻及應合襲廕子孫犯罪從有司依律追問議擬奏聞取自上裁

按唐律普及期親明律以祖父母父母妻及子孫爲限視唐法爲嚴矣皇親國戚以下雖亦議擬奏裁然有司可依律追問與應議者實不同也唐此文在請章明分出爲此目唐律有官爵得請之祖父母父母兄弟姊妹妻子孫犯流罪以下各從減一等之例在減章官品得減者之祖父母父母妻子孫犯流罪以下聽贖在贖章

明律並無此又唐法之寬者

犯罪得累減

唐目爲人有議請減原以唐律議請減三者並有減等之例如以一人而三處俱合減罪唯得以一高者減之不得累減也明删議請減三者減罪之法故改其目曰犯罪得累減餘法與唐同也

以理去官　無官犯罪

此二目仍唐律唯唐有用蔭之法而明代無之故不言用蔭也

除名當差

唐目爲除名者除名比徒三年二條除名者官爵悉除爲最重之法明改其目曰除名當差當差者即唐律之課役從本色也明無官當之法故第二目從删唐又有敘法除名者六載後聽敘免官者三載之後降先品二等敘免所

居官及官當者期年之後降先品一等敘明無敘法故但曰罷職不敘而已

流囚家屬

唐目曰犯流應配明改如此此條與唐律大略相同唯唐法三流俱役一年役滿及會赦免役者即於配處從戶口例明刪此文而流犯到配遂無安置之法此明改而不善者也說詳薛氏唐明律合刻

常赦所不原

漢舊儀云每赦自殊死以下及謀反大逆不道諸不當得赦者皆赦除之此所謂諸不當赦者當在謀反大逆不道之外别有科條後漢書明紀永平十五年大赦天下其謀反大逆及諸不應宥者皆赦除之此與漢舊儀所言相符又十六年詔減死罪謀反大逆無道不用此書此則常赦

所不宥者亦得減罪也梁代赦書亦有凡是赦所不原之文北周赦書稱常赦所不免隋唐因之唐律云其常赦所不免者依常律與赦書之文正同元宗天寶元年大赦詔稱常赦所不原自此以後赦書皆云常赦所不原宋代因之明律常赦所不原律目其事則本於漢其文則承於開元也

徒流人在道會赦

唐律曰流配人在道明增入徒而改其目如此唐法流犯到配役滿後即在配從戶口例凡已到配之犯即爲該處之民無再放回之理惟在道者尚非該處之人故得赦原也若徒犯本無在配從戶口之例與流犯不同故不入此條此條主義全在在道二字故程內至配所者亦從赦原以計其日期尚在道中也明律删去流犯至配從戶口之

文則同一流犯在道與在配有何殊異目中在道二字已成贅文明又添入徒犯與唐律宗旨大相徑庭此亦改而失其本意者也

犯罪存留養親

御覽六百四十六 晉書咸和二年句容令孔恢罪棄市詔曰恢自陷刑網罪當大辟但以其父年老而有一子以爲惻可憫之

按此以父老憫之當時如何處置未詳然即後來留養之權輿也

魏書刑罰志太和十二年詔犯死若父母祖父母年老更無成人子孫又無朞親者仰案後列奏以待報著之令格

按留養之法實仿於此志云列奏待報當亦就案情之輕重以定留養與不留養非一概寬之也第其辦法不

詳無可考見耳

唐律諸犯死罪非十惡而祖父母父母老疾應侍家無期親成丁者上請犯流罪者權留養親謂非會赦猶流者不在赦例課調依舊若家有進丁及親終期年者則從流計程會赦者依常例即至配所應侍合居作者亦聽親終期年然後居作明律凡犯死罪非常赦所不原者而祖父母父母老疾應侍家無以次成丁者開具所犯罪名奏聞取自上裁若犯徒流者止杖一百餘罪收贖存留養親

按唐目曰犯死罪非十惡明改定如此律文改非十惡爲非常赦所不原較唐爲嚴唐有期親成丁即不在上請之例家有進丁及親終期年者仍從流其罪未能免也明刪期親一層徒流止杖一百餘罪收贖從此爲無罪之人又較唐爲寬矣究之唐律情法兩盡改之未爲

當也

通考一百六十八 肅宗乾元元年敕左降官非反逆緣坐及犯惡逆名教枉法強盜贓如有親年八十以上及患在牀枕不堪扶持更無兄弟者許停官終養其流移人亦準此

按此由留養而推及之者流移人準此則已到配之人皆可邀恩矣

宋延祐元年三月晉寧民侯喜兒昆弟五人並坐法當死帝歎曰彼一家不幸而有是事其擇情輕者一人杖之俾養父母毋絕其祀

按此即今兄弟二人共犯死罪準留一人養親之例

金史海陵紀天德三年三月沂州男子吳眞犯法當死有司以其母老疾無侍爲請命官與養濟著爲令

金世宗紀大定十三年尙書省奏鄧州民范三毆殺人當

死而親老無侍上曰在醜不爭謂之孝孝然後能養斯人以一朝之忿忘其身而有事親之心乎可論如法其親官與養濟

按世宗之論極正留養之法原憫恤老疾之人非謂犯罪之人其親有老疾卽罪可恕也老而無子曰獨在窮民無告之列發政施仁之所先老有子而不能侍與無子無異官爲養濟未爲過也海陵著令而世宗復申言之金政之善者也

元史文宗紀至順二年四月涇縣民張道殺人爲盜道弟吉從而不加功居囚七年不決吉母老無他子孫中書省臣以聞敕免死杖而黜之俾養其母

按此未决囚而准予留養者以其久羈囹圄也

嘉慶六年五月十三日諭朕思律內有承祀留養兩條原

係法外施仁必須核其情罪甚輕始可量加末減於施恩
之中仍不失懲惡之意方足以昭平允若不論罪案輕重
祇因家無次丁概准承祀留養則兇惡之徒稔知律有明
條自恃身係單丁有犯不死竟至逞兇肆惡是承祀留養
非以施仁適以長姦轉似誘人犯法豈國家矜慎用刑之
道蓋法律務在持平生者固當加之矜恤死者尤不可令
其含冤儻情真罪當必為寬宥如世俗鄙論所云救生不
救死之說以為積陰功試思死者含痛莫伸損傷陰德孰
大乎是嗣後問刑衙門總當詳慎折衷勿執存寬存嚴之
見遇有關留養承祀者尤當核其所犯情罪果有可原實
在別無次丁或有子息而尚未成丁與定例相符量為定
擬庶幾無枉無縱刑協于中共襄明允之治

謹按仁宗此諭論留養之利害極為詳明敬錄于此

言留養者不可不知也

工樂戶及婦人犯罪

唐目曰工樂雜戶明改如此此條本言留住及加杖之法婦人犯流亦留住故類附焉明於工樂留住仍唐法而改加杖爲收贖大略尙不差婦人改決杖一百餘罪收贖與唐法不同又增入決罰一層則與前後主義全不同矣周有女舂女章漢法婦人不豫外徭但舂作米孝宣帝幼時女徒乳養北齊刑罪婦人配舂及掖庭織此皆婦人役法也明誤以婦人無拘役之理遂改留住爲收贖其收贖之銀爲數又極微此婦人之所以有恃無恐逞惡放刁無所不至豈非改法之不善乎

徒流人又犯罪

唐目曰犯罪已發明改如此其律文大略相同唯唐律各

重其事疏議謂各重其後犯之罪而累科之下節又有累
流徒應役之文此實累科之法也明改爲從重科斷則宗
旨大不同矣薛氏唐明律合刻辯之甚詳今錄其說于後
薛云事已發而又犯謂更犯在已發之後也雖未決配究
與二罪俱發及一罪先發已經論決餘罪後發之律不符
故唐律又立有各重其事之法重其事云者係前後累併
之意即下文重犯流之重故疏議謂重其後犯之事而累
科非輕重之重明律改各重其事爲從重科斷是以律應
累科之案等于二罪俱發之條殊嫌未協且既分列兩條
亦不應彼此重複也二罪俱發謂犯各事同時並發也一
罪先發餘罪後發謂所發雖有先後而犯事總在發覺以
前若事已發而更爲罪則情事大不相同矣明律以事發
後又犯之案與同時並發混而爲一似係錯誤而事發在

逃名條亦紛紛歧出皆不善讀此律誤之也

老小廢疾收贖　犯罪時未老疾

曲禮八十九十曰耄七年曰悼悼與耄雖有罪不加刑焉

尚書大傳老弱不受刑故老而受刑謂之悖弱者受刑謂之克

按老小不加刑其法甚古此見于經說者也故特引之

周禮司刺壹赦曰幼弱再赦曰老旄三赦曰惷愚注惷愚生而癡騃童昏者鄭司農云幼弱老旄若今律令年未滿八歲八十以上非手殺人他皆不坐

漢書惠紀民年七十以上若不滿十歲有罪當刑者完之注孟康曰不加肉刑髡鬄也

刑法志孝景後三年又下詔曰高年老長人所尊敬也鰥寡不屬逮者人所哀憐也其著令年八十以上八歲以下

及孕者未乳師朱儒注如淳曰師樂師盲瞽者朱儒短人不能走者當鞫繫者頌
繫之注師古曰頌讀曰容容寛容之不桎梏至孝宣元康四年又下詔曰朕
念夫耆老之人髮齒墮落血氣既衰亦無暴逆之心今或
罹于文法執于囹圄不得終其年命朕甚憐之自今以來
諸年八十非誣告殺傷人宅皆勿坐至成帝鴻嘉元年定
令年未滿七歲賊鬭殺人及犯殊死者上請廷尉以聞得
減死

又平紀元始四年正月詔曰蓋夫婦正父子親人倫定矣
前詔有司復貞婦歸女徒誠欲以防邪辟全貞信及眊悼
之人刑罰所不加聖王之所制也惟苛暴吏多拘繫犯法
者親屬婦女老弱構怨傷化百姓苦之其明敕百僚婦女
非身犯法及男子年八十以上七歲以下家非坐不道詔
所名捕宅皆無得繫張晏曰名捕謂下詔特所捕也其當驗者卽驗問師古

日就其所
居而問

按唐白第一條無收贖二字第二條無罪字明增律文
收贖之外有奏裁勿論不加刑數層增此二字轉不能
彤矣漢法但言八十以上唐增七十一層疏議謂依周
禮年七十以上及未齔者並不爲奴蓋由八十而推廣
之小者增十歲十五歲二層亦漢法所未及也篤疾廢
疾余別有考荅王仁山問在寄簃文存中此條唐明律
大略相同至今遵之

梁天監十一年詔自今捕讁之家及罪應質作若年有老
小者可停將送時百姓有罪緣坐老幼不免

隋志

通考一百七十歲歷閻寧州童子年九歲毆殺人當棄市帝以
童孺爭鬭無殺心止命罰金入死者家

給沒贓物

周官職金掌受士之金罰貨罰入于司兵注罰罰贖也書曰金作贖刑司厲掌盜賊之任器貨賄辨其物皆有數量賈而楬之入于司兵注鄭司農云任器貨賄謂盜賊所用傷人兵器及所盜財物也入于司兵若今時傷殺所用兵器盜賊贓加責沒入縣官疏加責者即今時倍贓者也

按職金所受入官之贓也司厲所任犯禁之物也二者故分屬二官此條唐目分彼此俱罪之贓以贓入罪平贓者三條明併爲一而定此名給者還主也沒者入官也律文大略相同第小有參差耳

犯罪自首

書康誥既道極厥辜時乃不可殺蔡傳人有大罪非是故犯乃其過誤出于不幸偶爾如此既自稱道盡輸其情不

敢隱匿罪雖大時乃不可殺舜典所謂宥過無大也諸葛孔明治蜀服罪輸情者雖重必釋其旣道極厥辜時乃不可殺之意歟

按據蔡說卽今之自首也大學衍義補采之

漢書衡山王賜傳聞律先自告除其罪

按此漢律也可見此法甚古漢世必有所承蔡氏書傳之說似可從也故備錄于首

唐門曰犯罪未發自首明刪未發二字律文大略相同亦倘有參差之處見唐明律合刻

二罪俱發以重論

唐門曰二罪從重明改定如此唐律前段與明律大略相同惟唐代累科之法詳于此條明悉刪之此與唐異者也

唐律以重者論句注云謂非應累者並詳著累科之法可

見前徒流人又犯罪一條之名重其事非從重科斷之謂以此相證益見明律前文之誤矣唐律另有盜詐取人財物一條明已併入此條中

犯罪共逃　同僚犯公罪　公事失錯　共犯罪分首從　犯罪事發在逃

唐目第一條曰犯罪共亡第二條曰同職犯公坐第四條分二條一曰共犯罪造意爲首一曰共犯罪本罪別五曰共犯罪有逃亡唯三條明同第一第二第五明改定第四條明改併第五條之目言共犯罪人中有逃亡者也改曰犯罪事發在逃轉不明顯矣律文大略相同唯第二條刪去句檢及省察之官若辭狀隱伏數層第四條刪去監臨主守一層第五條刪前輸贖物一層而增入衆證明白即同獄成一層其餘參差詳唐明律合刻

親屬相爲容隱

論語子爲父隱父爲子隱直在其中矣

按羣言殽亂孔子之言可奉爲千秋定論矣

孝宣紀地節四年詔曰父子之親夫婦之道天性也雖有患禍猶蒙死而存之誠愛結於心仁厚之至也豈能違之哉自今子首匿父母妻匿夫孫匿大父母皆勿坐其父母匿子夫匿妻大父母匿孫罪殊死皆上請廷尉以聞注師古曰凡首匿者言爲謀首藏匿罪人

按此漢法也蓋卽本于孔子之言

唐目曰同居相爲隱明改定如此律文大略相同唯明律增入妻之父母女壻無服之親薛氏譏其非說詳唐明律合刻

晉書刑法志衞展上書曰今施行詔書有考子正父死刑

或鞫父母問子所在近主者所稱庚寅詔書舉家逃亡家長斬若長是逃亡之主斬之雖重猶可設子孫犯事將考祖父逃亡逃亡是子孫而父祖嬰其酷傷順破教如此者衆相隱之道離則君臣之義廢君臣之義廢則犯上之姦生矣

宋書蔡廓傳爲侍中建議以爲鞫獄不宜令子孫下辭明言父祖之罪虧教傷情莫此爲大自今家人與囚相見無乞鞫之訴便足以明伏罪不須責家人下辭朝議咸以爲允從之

按以子證父正與子爲父隱相反蔡二人之議洵至論也故附見於此

隋書刑法志天監三年八月建安女子任提女坐誘口當死其子景慈對鞫辭云母實行此是時法官虞僧虬啟案

子之事親有隱無犯直躬證父仲尼爲非景慈素無防閑之道死有明目之據陷親極刑傷和損俗凡乞鞫不審降罪一等豈得避五歲之刑忽死母之命景慈宜加罪辟詔流於交州

按此以子證母罪之固宜然其事亦當有辨官不問而子自言此乃子之罪若官使證之而又罪之豈得謂之平且案情萬變若母殺父而子出爲證又豈得罪其子

此條與前二條足以相證故並錄之

吏卒犯死罪

此條唐律所無不須申稟即可處決所謂先行正法者也管見曰此條蓋國初懲元之頑民用重典也後此犯者不用矣是亦虛設此文而已

化外人有犯

此條本唐律唯唐有同類異類之分明删之則同類相犯亦以法律論矣今蒙古人自相犯有專用蒙古例者頗合唐律各依本俗法之意

本條別有罪名　加減罪例　稱乘輿車駕　稱期親祖父母　稱與同罪　稱監臨主守　稱日者以百刻

稱道士女冠

唐目第一條曰本條別有制第二條曰稱加就重第三條無稱字第五條曰稱反坐罪之第六條曰統攝案驗爲監臨並明改餘同律文大略相同唯第一條所爲重者改爲有所規避第二條無半年徒加杖之法第三條稱制者唐係減等改並同又無東宮犯失及宮衞有違一層第四條無袒免以上親一層第五條無反坐罪之坐之三層而增入同罪罪同之分其參差之處唐明律合刻言之詳矣

斷罪依新頒律

此條唐律無文舊律與新律豈能無輕重互異之處而概依新律者非但謂遵王之制也法律爲人人所當遵守既定而頒行之則犯罪不論新舊斷罪自當一律不得再有參差致法律失信用之效也若如舊說例應輕者照新例行新例嚴而犯在前者應照舊例其參差孰甚哉

斷罪無正條

斷罪無正條用比附加減之律定於明而創於隋　國朝律法承用前明二百數十年來此法遵行勿替近來東西國刑法皆不用此文而中國沿習既久羣以爲便一旦議欲廢之難者鋒起而未考古人之議此律者正非一人也今彙錄衆說而附以管見如左

書呂刑上下比罪無僭亂辭傳上下比方其罪無聽僭亂

之辭以自疑疏罪條雖有多數犯者未必當條當取故事並之上下比方其罪之輕重上比重罪下比輕罪觀其所犯當與誰同蔡傳比附也罪無正律則以上下刑而比附其罪也夏氏傑曰上下比罪謂於法無此條則上比重罰下比輕罰上下相比觀其所犯當與誰同然後定其輕重之法如今律無明文則許用例也孫氏繼有曰罪而曰比則廷評無一成之議或有惑於人言而妄爲比附者書無一定之條或有泥於古法而強爲比附者皆非用法之公故戒其勿僭勿用而以惟察審克者勉之

按蔡氏夏氏之說謂上下比罪即今律無正條比附定擬也然此句承上句五刑之屬三千之下初不見有罪無正律之意若以經文有一比字即謂係比附定罪似非經旨孔疏云犯者未必當條較爲得之五刑之屬三

千而一條之中其刑罪亦不一如謀殺人也有已殺已傷已行之分有造意加功不加功之別上比於已殺或造意則爲重罪下比於已行或不加功則爲輕罪各條之中莫不皆然必令刑當其罪乃無失刑此不可不上下比方其輕重也更考比字之義次也周禮世婦註校也周禮大胥註例也禮記王制註類也史記天官書正義比方也國語齊語註類例也後漢書桓譚傳註以例相比況也漢書刑法志註謂相比附也漢書陳湯傳註已行故事曰比禮記月令疏韻書或分上去二聲其義實相引伸而出史記張蒼傳及以比定律令集解瓚曰謂以比故取類以定法律與條令也正義比音鼻或音必履反謂比方漢書蒼傳注如淳曰比音比次之比比方比次其義不殊定律令者以比與定罪者以比其事亦不殊說文例比也例與比相轉注孫奭律音義曰統凡

之謂例例以統凡而必以類相比而後成故亦謂之類例決事者必以例相比況相比附以比而成爲故事故決事之書曰決事比皆已行之故事也求之古義固未有比附他律之說然則此經仍當釋以古義豈得以一比字而强以今義附會之孫氏言比附之弊頗爲得之蓋妄爲比附則必至逞其私見而挾仇陷害酷刑鍛鍊之風作羅鉗吉網受害者將無窮已强爲比附則必至徇于衆議而文致周內之習成五過之疵惟官惟反惟內惟貨惟來何所不有法令不一寬濫滋多可不愼歟王制附從輕注附施行也求出之使從輕疏施刑之時此人所犯之罪在輕重之間可輕可重則當求可輕之刑而附之則罪疑惟輕是也郝氏敬曰比例無正律曰附從輕以防寃

按鄭氏之說亦以今義釋古經也此句與下句赦從重相對待自以鄭說爲是陳氏澔集說亦用施刑之義所謂與其殺不辜寧失不經也歐陽崇公曰求其生而不得則死者與我皆無恨也即此義鄭說未是因一刑字遂以比例爲說周禮小司寇附于刑用情訊之亦可以比例爲說乎

疑獄汎與衆共之衆疑赦之必察小大之比以成之注小大猶輕重已行故事曰比釋文比必利反例也疏此言雖疑而赦之不可直爾而放當必察按舊法輕重之例以成於事集說小者有小罪之比大者有大罪之比察而成之無往非公也

按比即決事比之比小大必察亦即上下比罪之意

周禮秋官大司寇正月之吉始和布刑於邦國都鄙乃縣

刑象之法於象魏使萬民觀刑象挾日而斂之　小司寇正歲帥其屬而觀刑象令以木鐸曰不用法者國有常刑令羣士乃宣布于四方憲刑禁注宣徧也憲表也謂縣之也刑禁士師之五禁　士師之職掌國之五禁之法以左右刑罰一曰宮禁二曰官禁三曰國禁四曰野禁五曰軍禁皆以木鐸徇之于朝書而縣于門閭　布憲掌憲邦之刑禁正月之吉執旌節以宣布于四方而憲邦之刑禁以詰四方邦國及其都鄙達于四海注憲表也謂縣之也司寇正月布刑于天下正歲又縣其書象魏布憲于司寇布刑則以旌節出宣令之于司寇縣書則亦縣之于門閭及都鄙邦國刑者王政所重故屢丁寧焉

按刑象縣諸象魏刑禁縣於門閭使萬民觀之而又有士師木鐸之徇布憲旌節之宣不憚反復申戒務使萬

民共知之而共守之其不得於所縣所觀所徇所宣之
外尙有施刑之法可知也若律無正條而仍有刑是不
信於民也古先王當不出此

左傳昭六年三月鄭人鑄刑書叔向使貽子產書曰民知
有辟則不忌於上並有爭心以徵於書而徼幸以成之又
曰民知爭端矣將弃禮而徵於書錐刀之末將盡徵之

按叔向之譏子產也從源頭說下其陳議甚高與周禮
縣象之制不合第觀其弃禮徵書及爭錐刀之末等語
是書之外不得更有刑也可見春秋之時尙無比附他
律之事

漢書刑法志高皇帝七年制詔御史獄之疑者吏或不敢
決有罪者久而不論無罪者久繫不決自今以來縣道官
獄疑者各讞所屬二千石官二千石官以其罪名當報之

所不能決者皆移廷尉廷尉亦當報之廷尉所（師古曰當謂處斷也）不能決謹具爲奏傅所當比律令以聞（師古曰傅讀曰附）

按此詔雖未言律無正條而既爲疑獄其中必有無正條而難以處斷者曰傅曰比比附律令之法實始見於此孝景中五年詔曰諸獄疑雖文致於法而於人心不厭者輒讞之夫曰文致於法其非律有明條而灼然無疑者亦可見矣第此法專爲疑獄言他未用耳

及至孝武即位外事四夷之功內盛耳目之好徵發煩數百姓貧耗窮民犯法酷吏擊斷姦軌不勝於是招進張湯趙禹之屬條定法令作見知故縱監臨部主之法緩深故之罪急縱出之誅其後姦猾巧法轉相比況禁罔寖密律令凡三百五十九章大辟四百九條千八百八十二事死罪決事比萬三千四百七十二事（師古曰比以例相比況也）文書盈於

凡關典者不能徧睹是以郡國承用者駁或罪同而論異姦吏因緣爲市所欲活則傳生議所欲陷則予死比師古曰傳讀爲附議者咸冤傷之

按姦猾巧法轉相比況此眞以他律相比附矣巧法出於姦猾其律無明文可知罪同論異等語本於桓譚其流弊如此當時冤傷之而後世尙奉爲金科玉律何也

至成帝河平中復下詔曰甫刑云五刑之屬三千大辟之罰其屬二百今大辟之刑千有餘條律令煩多百有餘萬言奇請它比日以益滋自明習者不知所由欲以曉諭衆庶不亦難乎於以羅元元之民夭絕亡辜豈不哀哉師古曰奇請謂常文之外主者別有所請以定罪也他比謂引它類以比附之稍增律條也奇音居宜反 邱濬曰奇請它比分破律條妄生端緒舞弄文法巧詆文致意所欲生

卽援輕比意欲其死卽引重例上不知其姦下莫測其故此民所以無所措手足網密而姦不塞刑繁而犯愈多也

按奇請它比當時不獨用以定罪且用以增律條矣故武帝時大辟四百九條此時多至千有餘條也元元之民夭絕亡辜詔文方以爲哀而隋時竟纂爲律唐宋相承迄於今在定律者自具有深意而流弊則不可殫述矣

後漢書桓譚傳陳時政所宜曰又見法令決事輕重不齊或一事殊法同罪異論姦吏得因緣爲市所欲活則出生議所欲陷則與死比是爲刑開二門也今可令通義理明習法律者校定科比註科謂事條比謂類例一其法度班下郡國蠲除故條如此天下知方而獄無怨濫矣書奏不省

按同罪異論等語班氏采入刑法志中所欲活則出生

議所欲陷則與死比比附他律之弊兩語賅之矣
晉書刑法志劉頌上疏曰上古議事以制不爲刑辟夏殷
及周書法象魏三代之君齊聖然咸弃曲當之妙鑒而任
徵文之直準非聖有殊所遇異也今論時敦弊不及中古
而執平者欲適情之所安自託於議事以制臣竊以爲聽
言則美論理則違然天下至大事務衆雜時有不得悉循
文如令故臣謂宜立格爲限使主者守文死生以之不敢
錯思於成制之外以差輕重則法恒全事無正據名例不
及大臣論當以釋不滯則事無閡至如非常之斷出法賞
罰若漢祖戮楚臣之私己封趙氏之無功唯人主專之非
奉職之臣所得擬議然後情求傍請之跡絕似是而非之
奏塞此蓋齊法之大準也又云又律法斷罪皆當以法律
令正文若無正文依附名例斷之其正文名例所不及皆

勿論法吏以上所執不同得爲異議如律之文守法之官唯當奉用律令至於法律之內所見不同迺得爲異議也今限法曹郎令史意有不同爲駁唯得論釋法律以正所斷不得援求諸外論隨時之宜以明法官守局之分詔下其事侍中太宰汝南王亮奏以爲周懸象魏之書漢詠畫一之法誠以法與時共義不可二二宜如頌所啟爲永久之制

按頌疏後段所言今東西國之學說正與之同可見此理在古人早已言之特法家之論說無人參究故稱述之者少耳至前段所言欲主者守文大臣論當爲事無正據名例不及者開一方便之門然必大臣明於法律方能釋滯而事無閡否則任情專斷安得皆公仍不若大臣小吏各守其局庶法可一也

隋志後齊平秦王高歸彥謀反須有約罪律無正條於是遂有別條權格與律並行大理明法上下比附欲出則附依輕議欲入則附從重法姦吏因之舞文出沒

按志所言可見北齊律初無上下比附之文故特設別條權格與律並行也志言其弊如此後世當知所從矣

周書宣紀宣政元年八月詔制九條宣下州郡一曰決獄科罪皆準律文

按科罪準律則律無文者不得科罪不待言矣

唐律諸斷罪而無正條其應出罪者則舉重以明輕疏議曰斷罪無正條一部律內犯無罪名其應出罪者依賊盜律夜無故入人家主人登時殺者勿論假有折傷灼然不坐又條盜緦麻以上財物節級減凡盜之罪若犯詐欺及坐贓之類在律雖無減文盜罪倘得減科餘犯明從減法此並舉重明輕之類其應入罪者則舉輕以明重疏議曰案賊盜律謀殺期親尊長皆斬無已殺已傷之文如有殺傷者舉始謀是輕尚得死罪殺及謀而已殺已傷是重明從皆斬之坐又例云毆告大功尊長小

功尊屬不得以蔭論若有毆告期親尊長舉大功是輕期親是重亦不得用蔭是舉輕明重之類

按唐律此文本於開皇乃用律之例而非爲比附加減之用也觀疏議所言其重其輕皆於本門中舉之而非取他律以相比附故或輕或重仍不越乎本律之範圍其應出者重者且然輕者更無論矣其應入者輕者且然重者更無論矣其宗旨本極平恕而趙冬曦猶譏之矧明律之宗旨與唐律又不同哉

唐律擅興門主將臨陣先退條即違犯軍令軍還以後在律有條依律斷無條者勿論又斷獄門即赦書定罪合從輕者又不得引律比附入重

按此明言不得比附者也是唐時雖有比附之事而限制甚嚴

又名例官戸部曲條諸官戸部曲官私奴婢有犯本條無

正文者各準良人又鬬訟門部曲奴婢良人相毆條良人
部曲奴婢私相犯本條無正文者並準此
按此律明言無正文者定一準法其於此附之事蓋慎
之又慎矣
舊唐書刑法志永徽六年七月上謂侍臣曰律通比附條
例太多左僕射志寧等對舊律多比附斷事乃稍難解科
條極衆數至三千隋日再定惟留五百以事類相似者比
附科斷今日所停即是參取隋律修易條章旣少極成省
便
按據此條則唐時以事類相似者比附科斷實有明文
第斷罪無正條律內言之未詳耳
唐書趙冬曦傳神龍初上書曰古律條目千餘隋時姦臣
侮法著律曰律無正條者出罪舉重以明輕入罪舉輕以

明重一辭而廢條目數百自是輕重沿愛憎被罰者不知其然使賈誼見之慟哭必矣夫法易知則下不敢犯而遠機穽文義深則吏乘便而朋附庶律令格式謂宜刊定科條直書其事其以準加減比附量情及舉輕以明重不應爲之類皆勿用使愚夫愚婦相率而遠罪犯者雖貴必坐律明則人信法一則主尊當時稱是

按冬曦書中有比附量情之語是唐律雖無此文而當時實有此法故有輕重沿愛憎之譏誠至論也至并以準加減而亦議之則所見稍偏以準加減並有一定不移之差等非可輕重隨意也

慶元條法事類七十三 斷獄令諸斷罪無正條者比附定刑慮不中者奏裁

按比附定刑宋世竟著之令甲中

金史刑志大定九年因御史臺奏獄事上曰近聞法官或各執所見或觀望宰執之意自今制無正條者皆以律文爲準

按金代承用唐宋刑法而制無正條者一以律文爲準其不得用他律比附灼然無疑是中國本有此法晉劉頌議之於前金世宗行之於後初不始於今東西各國也世宗爲金源一代令主大定之世其國人有小堯舜之號而特頒誥誡如此豈非深悉其弊哉

明律凡律令該載不盡事理若斷罪而無正條者引律比附應加應減定擬罪名轉達刑部議定奏聞若輒斷決致罪有出入者以故失論瑣言曰今問刑者於死罪比附類皆奏聞流徒以下比附鮮有奏者安得罪無出入也哉雖無出入猶當以事應奏不奏論罪其不思也夫箋釋曰應

加應減如京城門鎖鑰守門者失之於律止有不下鎖之文是該載不盡須知鎖鑰與印信夜巡銅牌俱爲關防之物今既遺失事與彼同許其比附

按引律比附應加應減定擬此明改唐律之文與唐律之舉重明輕舉輕明重其宗旨遂不同矣而又申之曰議定奏聞若輒斷決致罪有出入者以故失論者亦明知比附之流弊滋多故特著此文以爲補救之法而孰知沿習既久問刑者輒行斷決有如瑣言之所言哉觀於箋釋所言事同者方許比附未嘗推及他律自律內增一他字而其弊益不可究詰矣

大清律例凡律令該載不盡事理若斷罪無正條者援引他律比附應加應減定擬罪名申詳上司議定奏聞若輒斷決致罪有出入者以故失論

按此承明律順治三年添入小註雍正三年删去轉達

刑部一句姚範援鶉堂筆記姚思仁萬歷癸未進士仕

至工部尚書嘗以律文簡而意晦乃用小字釋其下

國朝順治初頒行大清律依其注本云據此是順治中

所增小注本於姚思仁也其於律字上注一他字實非

原定此律之意觀於箋釋事同方許比附之語可知其

非自來引用大多於本門律內上下比附其引他律比

附者並不多見蓋既爲他律其事未必相類其義即不

相通牽就依違獄多周內重輕任意冤濫難伸此一字

之誤其流弊正有不可勝言者矣　因比附而罪有出

入治罪之事久已無聞律文後半同虛設矣自　國初

以來比附之不得其平者莫如文字之獄查律載凡謀

反不利於國謂謀危社稷及大逆不利於君謂謀毀宗廟山陵及宮闕但共謀者不

分首從已行未皆凌遲處死舊說反及於國逆及於君不
敢指斥故註云云也唐律云有結謀眞實而不能爲害
者傳衆惑人而無眞狀可驗者自從妖法是結謀眞實
及已傳衆惑人者尙不皆科以反逆也唐律又云諸口
陳欲反之言心無眞實之計而無狀可尋者流二千里
疏議曰有人實無謀危之計口出欲反之言勘無實狀
可尋妄爲狂悖之語者流二千里若有口陳欲逆叛之
言勘無眞實之狀律令既無條制各從不應爲重是雖
有謀反之言而無謀反之事者尙不遽科以謀反也其
有欲逆叛之言者僅止科不應重則更輕矣至若文字
之中語多狂悖較之口陳欲反之言者情節爲輕在秦
法爲誹謗其罪重至於族漢文除之武宣之際雖有顏
異楊惲諸獄然亦無族法自唐已來律無誹謗之條用

意至爲深遠明仁宗時曾以姦人誣人爲誹謗申明除
誹謗禁自是一朝善政今律承於前明故亦無誹謗之
文若以律無正條之犯竟與眞正大逆同科情罪旣不
相當誣捏亦所難免將至儒林覺類鄉里寒心赴市者
惨及賢才遣戍者禍連婦孺揆諸堯舜欽恤之宗旨恐
未盡符也如康熙中戴名世南山集一案以文字之故
竟成大獄非出　特恩則死者衆矣查康熙五十一年
正月刑部等衙門奏察審戴名世所著南山集孑遺錄
內有大逆等語應卽行凌遲已故方孝標所著滇黔紀
聞內亦有大逆等語應剉其屍骸戴名世方孝標之祖
父子孫兄弟及伯叔兄弟之子年十六歲以上者俱查
出解部卽行立斬其母女妻妾姊妹子之妻妾十五歲
以下子孫伯叔父兄弟之子亦俱查出給功臣家爲奴

方孝標歸順吳逆身受僞官迨其投誠又蒙恩免罪仍
不改悖逆之心書大逆之言令該撫將方孝標同族人
不論服之已盡未盡逐一嚴查有職銜者盡皆革退除
已嫁女外子女一併即解到部發與烏喇寧古塔白都
訥等處安插汪灝方苞爲戴名世悖逆書作序俱應立
斬方正玉尤雲鶚聞拏自首應將伊等妻子一併發寧
古塔安插編修劉巖雖不曾作序然不將書出首亦應
革職僉妻流三千里奉　上諭九卿具奏四月復奏
上諭汪灝在內廷行走年久已經革職著從寬免死但
令家口入旗餘另行啟奏五十二年二月　上諭戴名
世從寬免凌遲著即處斬方登峄方雲旅方世樵俱從
寬免死並伊妻子充發黑龍江此案內干連人犯俱從
寬免治罪著入旗是獄也得　恩旨全活者三百餘人

御見　聖祖寛大之德不以刑官之比附從重爲是故特予從輕乃當日刑官不能曲體　皇仁原情定罪竟以極重之典漫爲比附五上挪本固執不移其爲黨禍牽連可以想見而比附之未足爲法卽此一獄可推而知矣

曹一士請寛妖言禁誣告疏竊聞古者太史採詩以觀民風藉以知列邦政治之得失俗尚之美惡卽虞書在治忽以出納五言之意使下情之上達也降及周季鄭之子產尙能不禁鄉校之議惟是行僞而堅言僞而辯學非而博順非而澤者雖屬聞人聖人有兩觀之誅誠惡其惑衆也至於造作語言顯有悖逆之迹如戴名世汪景祺等　聖祖仁皇帝暨　世宗憲皇帝因其自蹈大逆而誅之非得已也若夫賦詩作文語涉疑似如陳鵬年任蘇州知府游

虎邱作詩有密奏其大逆不道者　聖祖仁皇帝明示九
卿以爲誣陷善類如神之哲洞察隱微可爲萬世法則比
年以來閭巷細人不識　兩朝所以誅殛大憝之故往往
挾睚眦之怨借影響之詞攻訐私書指摘字句有司見事
生風多方窮鞫或致波累師生株連親族破家亡命甚可
憫也臣愚以爲井田封建不過迂儒之常談不可以爲生
今反古述懷詠史不過詞人之習態不可以爲援古刺今
即有序跋偶遺紀年亦或草茅一時失檢非必果懷悖逆
敢於明布篇章若此類悉比附妖言罪當不赦將使天下
告訐不休士子以文爲戒殊非國家義以正法仁以包蒙
之至意也臣伏讀　皇上諭旨凡奏疏制義中從前避忌
之事一概掃除仰見　聖聰廓然大度即古敷奏采風之
盛事竊謂大廷之章奏尚捐忌諱則在野之筆札焉用吹

求伏請　敕下直省大吏查從前有無此等獄案現在不準援赦者條列上請候　旨欽定嗣後凡有舉首詩文書札悖逆譏刺者審無的確形迹即以所告本人之罪依律反坐以爲挾仇妄告者戒庶文章之株累悉鏟告訐之刁風可息似於風俗人心稍有裨益

按　本朝文字之禍大多在乾隆以前其中出於素挾仇怨者半出於藉端詐索者半匪獨姦人羣相告訐即大臣之中亦有因睚眦小隙圖快已私者律例既無正條遂不得不以他律比附事本微細動以大逆爲言給諫此疏所言比附之害可謂痛切此疏係上於乾隆元年經刑部纂入條例告訐之風亦漸息矣仁人之言其造福爲何如哉

法律館刑律草案原奏一曰刪除比附考周禮大司寇有

縣刑象於象魏之法又小司寇之憲刑禁士師之掌五禁俱徇以木鐸又布憲執旌節以宣布刑禁誠以法者與民共信之物故不憚反復申告務使惟曾互相警誡實律無正條不處罰之明證漢書刑法志高帝詔獄疑者廷尉不能決謹具奏附所當比律令以聞此爲比附之始然僅限之於疑獄而已至隋著爲定例卽唐律出罪者舉重以明輕入罪者舉輕以明重是也明律改爲引律比附加減定擬現行律同在唐神龍時趙冬曦曾上書痛論其非且曰死生罔由於法律輕重必因乎愛憎受罰者不知其然舉事者不知其法誠爲不刊之論況定律之旨與立憲尤爲抵牾立憲之國立法司法行政之權鼎峙若許司法者以類似之文致人於罰是司法而兼立法矣其弊一人之嚴酷慈祥各隨禀賦而異因律無正條而任其比附輕重偏

時轉使審判不能統一其弊又一茲擬刪除此律而各刑附定上下之限憑審判官臨時審定並別設酌量減輕宥恕減輕各例以補其缺雖無比附之條而援引之時亦不致爲定例所縛束論者謂人情萬變斷非科條數百所能賅載不知法律之用簡可馭繁例如謀殺應處死刑不必問其因姦因盜如一事一例恐非立法家逆臆能盡之也

草案第十條凡律例無正條者不論何種行爲不得爲罪

理由　本條所以示一切犯罪須有正條乃爲成立即刑律不準比附援引之大原則也　凡刑律於正條之行爲若許比附援引及類似之解釋者其弊有三第一司法之審判官得以已意於律無正條之行爲比附類似之條文致人於罰是非司法官直立法官矣司法立法混而爲一非立憲國之所宜有也第二法者與民共信之物律有明

文乃知應爲與不應爲若刑律之外參以官吏之意見則民將無所適從以律無明文之事忽援類似之罰是何異以機穽殺人也第三人心不同亦如其面若許審判官得據類似之例科人以刑即可恣意出入人罪刑事裁判難期統一也　因此三弊故今惟英國視習慣法與成文法爲有同等効力此外歐美及日本各國無不以比附援引爲例禁者本案故採此主義不復襲用舊例

草案箋註

一曰罰比附易啟意爲輕重之弊但由審判官臨時判斷獨不慮其意爲輕重乎引律比附尚有依據臨時判斷實無限制

按定律凡數百條若不問情事之何如而他律皆可比附將意爲輕重所欲活則出生議所欲陷則與死比必

有如極謬所譏者試以今事言南山集案內原擬死罪之汪灝等恭奉諭旨或僅予革職或僅令入旗實爲所欲陷則與死比之明證充其所至舞文弄法何所不可何何限制之有若草案所定本條之內限以幾等以上幾等以下過此以往卽不得稍越範圍其所以限制審判官者爲何如乃反謂引律比附尙有依據臨時判斷實無限制然乎否乎

一曰律例所未載者不得爲罪則法不足以禁姦罪多可以倖免刁徒愈譸張爲幻有司之斷獄亦窮

一曰設有準情酌理確爲有罪之行爲祇以律無正條遽爾判爲無罪似亦難昭允協

一曰民情萬變防不勝防若例無正條不論何種行爲不得爲罪則必本案三百八十七條盡數賅括毫無遺漏而

後可否則有犯無刑國家可力存寬大人民將不免怨咨
持是謂得情理之平恐不然矣
按以上三條大意在律難賅括犯罪可倖免也夫人之
情僞變幻萬端謂此數百條律文卽足以盡人之情僞
誠非立法者所敢自信然謂無比附而人多倖免似亦
不必慮也嘗考自唐以來至於　本朝律文雖時有出
入而罪狀則大略相同其關於國事者不外衞禁職制
廄庫擅興諸端其關於人民者賊盜鬬訟詐僞足以賅
之卽東西各國刑法亦不甚懸殊也惟近數十年來五
洲交通不能無國際法輪船氣車及電礦之屬日新月
異爲前古所無耳家本自甲子歲筮仕西曹於今四十
餘年矣所見案牘難以萬計其案情之千奇百怪出於
情理之外者往往有之而罪狀之出于律例之外情輕

者或亦時有不過科以不應情重者則未曾一覩蓋律文經千數百年此千數百年風俗遞有變遷而罪狀之可名者未見出乎律例之外是皆由千數百年經驗而來非出於一二人之曲見故歷代雖多損益亦不過輕重出入而大段未嘗改也人之倖免者殆亦絕無僅有矣至近來於比附之法引用亦極詳慎今試略舉之如紋犯在押乘變逸出比依在監乘變逸出之例搶奪婦女架至馬上顛跑致令墮胎身死或將其扡拉致傷身死並比依搶奪婦女拒捕殺人之例糾夥持械傷人未得財比依強盜傷人未得財之例略賣小功兄妻將其致斃比依略賣良人爲妻因而殺人之律殺一家三命二故一鬬比依殺三人而非一家內二命仍係一家之例姦夫故殺縱姦之姑比依謀殺縱姦本夫之例革役

嚇詐釀命比依蠹役嚇詐釀命之例此皆近年之有案可稽者卽不用比附之法亦各有本罪可科何至逍遙法外爲有司者亦何至窮於斷獄乎至人民怨咎固所難免然使問官善於勸導卽不加懲戒亦可解釋爭端若充斯人報復之心鬬毆而欲科謀故矣偷竊而欲科強劫矣苟執泥不撓亦未必盡如人意正未可以怨咎之故立一法以塗飾耳目也

一曰邇來人心不古犯罪者擇律例無正條者故意犯之以難執法之人俾執法者無所措施其流弊亦不堪設想且以一人之心思才力對付千萬人之心思才力非以定法治之不足以爲治蘇文忠曰古人之用法如醫者之用藥蓋法有定而罪無定藥有定而病無定也後世人心巧詐以致任意枉法實非治法之過乃不得治人之過也此

條不如仍遵舊條爲安
按此段議論不甚可解既云非以定法治之不足以爲治並引蘇文忠言法有定而罪無定是爲治者必先有定法正條者定法也無正條而可以比附他律有定者仍無定矣與持論之宗旨不自相矛盾乎犯法以難執法必姦民之尤此等人平時當有以制之彼自不敢輕於犯法否則縱有千百正條在彼方且巧以嘗試豈區區比附卽能制其死命哉
一曰謂比附類似之文致人於罰則司法立法混而爲一非立憲國所應有不知無此法而定此例者方爲立法若既有他律而比附定擬則仍屬司法非立法也如以比附爲立法則於本律酌量輕重者又與立法何異類似之例不能援以罰人而輕重之權衡可操之問官誠恐任意出

入將較比附爲尤甚

一曰引律比附乃司法之事即如審判官因律有臨時審定之文而審定罪名上下不同亦可謂之司法兼立法耶竊謂定律果能簡以馭繁比附自屬罕見然法律中斷不可無此條以規定律令貤載不盡之事理

按此二條大意相同其謂定律能簡以馭繁比附自屬罕見洵平允之論而所言司法立法尚未確當旣云無此法而定此例方爲立法乃無此法而卽用此例是司法者自創爲之矣不且與立法相混乎立一法自有此法一定之範圍有此範圍司法者卽不能任意出入故於本律酌量輕重則仍在範圍之內可以聽司法者操其權衡若以他律相比附則軼乎範圍之外司法者眞可任意出入矣孰得孰失可不煩言而解

一曰法制有限而人情變幻無窮刁詐之徒擇無專條者犯之可任其倖逃法網乎且查第五十四條言同一犯罪情節互異予裁判官以特權許其酌量犯人之心術與犯罪之事實減三等核與此條語意相反而分則多無一定罪名心術二字不可見是罪名之輕重皆定於審判官之口流弊無窮

按五十四條酌量減輕即中律矜疑之法如救親獎命得減一等毆死不孝之妻得減二等此皆從心術上論者乃舊法相與遵循新法即干非議是何爲者且凡減輕者皆從本條中酌量行之非於本條外有所比附兩條各明一義亦未嘗相背也

一曰審判官程度不及援引失當即難免罪有出入恐亦不能無弊

按此說乃當今實在情形州縣明曉律例者百人中難得數人而迂謬糊塗者所在皆是良可浩歎然不爲國家培養人才而但議新法之難行猶七年之病求三年之艾及今畜之庶幾可及不然病日深而艾終不可得奈何

違警律第二條凡本律所未載者不得比附援引

按違警律草案經民政部會同法律館於光緒三十三年八月十八日具奏三十四年四月初十日經憲政編查館核訂奏準於頒定文到之日三個月所有各直省一律施行　違警律係與刑律草案互相銜接違警律已奉　旨施行則刑律草案不便更有異義致法典不能統一

徙流遷徙地方

此條唐律無文明之流並以大誥減徒已有其名而無其實遷徙之法近于移鄉然律中止有三條不常用也後有邊遠充軍直隸府州地方乃附見非另一目也